

Tilburg University

Gedachten bij een gepersonaliseerd consumentenrecht

Mak, Vanessa

Published in:
Tijdschrift voor consumentenrecht & handelspraktijken

Publication date:
2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Mak, V. (2018). Gedachten bij een gepersonaliseerd consumentenrecht. *Tijdschrift voor consumentenrecht & handelspraktijken*, 2018(6), 274-276.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Gedachten bij een ‘gepersonaliseerd’ consumentenrecht

Kort geleden verscheen in dit tijdschrift een artikel over onlineprijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht.¹ Consumenten kunnen zich beduvelnd voelen als blijkt dat prijzen worden aangepast aan hun individuele gedrag, bijvoorbeeld als prijzen voor vliegtickets duurder worden voor een consument die op een website meerdere malen de beschikbaarheid van een vlucht raadpleegt. Toch is dit soort prijspersonalisatie niet verboden en zullen consumenten het moeten doen met de bescherming die zij in sommige gevallen kunnen ontleen aan de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken.² Mogelijk kan bij onduidelijkheid over de prijsberekening ook een beroep worden gedaan op de e-commerce regels, die net als de afdeling over oneerlijke handelspraktijken vanuit het Europese recht in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd zijn.³

Daarmee is echter nog niet het laatste woord gezegd over de gepersonaliseerde benadering van consumenten. Het gebruik van big data maakt het voor bedrijven mogelijk om veel te weten te komen over het gedrag en de voorkeuren van consumenten. Zij kunnen hun advertenties en verdere verkoopbeleid op die specifieke informatie aanpassen, en doen dat ook steeds meer, in de hoop daarmee de omzet van hun bedrijf te vergroten.⁴ Een dergelijk businessmodel kan voor consumenten ook interessant zijn, omdat zij veel gericht benaderd worden met aanbiedingen voor producten of diensten die zij interessant vinden. Ik vind het bijvoorbeeld op zich niet erg dat een onlineboekhandel mij laat weten dat kopers van Loos’ *Algemene voorwaarden* vaak gelijktijdig een bestelling plaatsen voor Wessels en Jongeneels *Recht en Praktijk-deel*, eveneens getiteld *Algemene voorwaarden*. Toch wringt er iets. Want als bedrijven zoveel van consumenten weten, dan ontstaan risico’s waarop een antwoord zal moeten komen vanuit ofwel het mededingingsrecht ofwel het consumentenrecht. In dit korte redactionele artikel zet ik een paar gedachten daarover op een rij. De hoofdvraag die op de achtergrond speelt is of wij, vanuit het consumentenrecht, op zeker moment een tegengeluid moeten laten horen tegen de gepersonaliseerde benadering van consumenten.

1. Verstoring van het evenwicht tussen aanbieder en consument

De eerste observatie die tot actie zou kunnen aanzetten, is dat consumenten door toenemend gebruik van big data-analyses grotere risico’s lopen benadeeld te worden door de gepersonaliseerde benadering van bedrijven. De consument wordt ten opzichte van bedrijven al gezien als zwakkere partij doordat hij of zij minder goed kan inschatten welke eigenschappen en kwaliteit producten hebben. Het consumentenrecht tracht die balans recht te trekken onder andere door het opleggen van informatieplichten aan handelaren. Het gebruik van big data dreigt het evenwicht in de verhouding tussen bedrijf en consument niettemin te verstoren, doordat bedrijven op slimme manieren consumenten tot aankopen kunnen verleiden die zij anders wellicht niet gedaan zouden hebben. Bedrijven die gebruikmaken van data-analyses weten veel van consumenten en kunnen gericht advertenties sturen die, bewezen,⁵ tot meer afzet van producten leiden. Dat kan verklaard worden door een gevoeligheid voor impulsaankopen of andere gedragskenmerken van consumenten, maar hoe dan ook, het zet de consument op achterstand. Bij prijspersonalisatie is die achterstand ook aanwezig, zij het op een andere wijze: aanbieders kunnen door gebruik van big data goed inschatten hoeveel individuele consumenten bereid zijn voor producten te betalen, én vervolgens die prijs rekenen. Dat kan betekenen dat een hogere prijs wordt gerekend dan zonder gebruik van big data het geval was geweest.

Een tweede observatie onderstreept hoe serieus deze problemen zijn nu data-analyses gemeengoed lijken te worden voor onlineaanbieders. De grote spelers op consumentenmarkten weten namelijk heel veel, en in heel veel detail over de gebruikers van hun diensten. Die kennis wordt door middel van data-analyses omgezet in modellen op grond waarvan aanbieders in detail hun advertenties op bepaalde doelgroepen kunnen ‘targeten’. Facebook biedt aanbieders bijvoorbeeld de mogelijkheid om advertenties te richten op vier hoofdcategorieën van gebruikers, met verdere opties om binnen die categorieën

* Hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg en redacteur van dit tijdschrift

1. M.E. Bulten, ‘Online prijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht’, *TvC* 2018, afl. 4, p. 184-189.

2. Bulten betoogt dat sprake kan zijn van een misleidende omissie onder art. 6:193d BW. Zie Bulten, *TvC* 2018, afl. 4, p. 188-189.

3. Neppelenbroek betoogt dat een ‘lichte’ informatieplicht over de prijsberekening op grond van consumentengedrag kan worden aangenomen op grond van een ruime uitleg van art. 3:15d lid 2 BW. Deze informatieplicht wordt publiekrechtelijk gehandhaafd en geeft de consument dus geen individuele remedie. Zie E.D.C. Neppelenbroek, ‘Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie’, *WPNR* 2016, afl. 7110, p. 443-452.

4. Zie ook de recente bijdrage van Benning in *TvC* over ‘online behavioral advertising’: J.M. Benning, ‘The Average Online Consumer. A proposal for a new approach to assessing the fairness of online behavioral advertising under the Unfair Commercial Practices Directive’, *TvC* 2018, afl. 5, p. 218-227.

5. Tegelijk zitten daar ook grenzen aan. Zie bijvoorbeeld C. Tucker, Social ‘Advertising: How Advertising that Explicitly Promotes Social Influence Can Backfire’, <https://ssrn.com/abstract=1975897>, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018. Zij laat zien dat consumenten beïnvloed kunnen worden door ‘social influencing’ (bijvoorbeeld dat zij te zien krijgen dat een vriend een goed doel heeft gelijkt op Facebook) maar dat dit effect wegvalt als de adverteerder te expliciet is (en bijvoorbeeld de tekst ‘be like your friend’ toevoegt om meer ‘likes’ te verzamelen).

op specifieke kenmerken te selecteren.⁶ Kenmerken waarop geselecteerd kan worden zijn persoonskenmerken zoals leeftijd, geslacht, relatie status (single, gehuwd), opleidingsniveau, werkgever, beroep, maar ook andere kenmerken als locatie, interesses en aankoopgedrag.

2. Respons vanuit mededingingsrecht of consumentenrecht

De vraag is of, en zo ja hoe, de risico's voor consumenten gecontroleerd kunnen worden bij een toenemend gebruik van big data voor personalisatie van prijzen en advertenties. Vanuit juridisch perspectief zijn in elk geval twee wegen denkbaar: via het mededingingsrecht of via het consumentenrecht.

Vanuit de hoek van het mededingingsrecht wordt wel betoogd dat de enige manier om te voorkomen dat bedrijven consumenten benadelen of uitbuiten door personalisatie op grond van big data is om de marktmacht van bedrijven aan banden te leggen. Het grootste gevaar voor consumenten ontstaat zodra één bedrijf, dat zeer veel data van consumenten verkregen heeft, een punt bereikt waarop het weliswaar geen werkelijk monopolie maar wel een feitelijk monopolie op een bepaalde markt heeft. Bedoeld wordt daarmee dat het bedrijf zodanig veel consumenten aan zich heeft gebonden dat het voor nieuwe gebruikers alleen nog interessant is om bij dat bedrijf een product of dienst af te nemen. Een voorbeeld is Facebook: als al je vrienden en bekenden zich op deze website als gebruiker hebben aangemeld, dan heeft het weinig zin om in te schrijven bij een ander 'social network'. Bij onlineplatforms voor uitruil of verhuur van producten en diensten, zoals Airbnb, wordt het aanbod aantrekkelijker als meer gebruikers bij het bedrijf staan ingeschreven. Zo geldt op vrijwel alle onlinemarkten dat het risico bestaat dat één bedrijf alle gebruikers naar zich toetrokt en daarmee de grootste marktmacht verwerft. Doet een dergelijk 'tipping point' zich voor, dan heeft dat bedrijf bovendien een enorme hoeveelheid data van gebruikers tot zijn beschikking, waarmee de hierboven genoemde risico's reëel worden.⁷ Het mededingingsrecht zou in dit soort gevallen bescherming kunnen bieden aan consumenten. Op grond van art. 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) kunnen sancties worden opgelegd aan een bedrijf dat misbruik maakt van een dominante marktpositie.⁸ Minder vergaande maatregelen zijn ook denkbaar. Ex ante zou ook geprobeerd kunnen worden om de markt open te houden voor competitie door meerdere aanbieders, bijvoorbeeld door 'switching costs' laag te houden, 'data portability'

mogelijk te maken (zodat consumenten hun gegevens van de ene aanbieder kunnen meenemen naar een andere), het gebruik van neutrale technische standaarden te stimuleren, en consumenten voor te lichten over de risico's van het eenkennig gebruikmaken van één aanbieder.⁹

Economen zien nog een andere oplossing om de machtspositie van quasimonopolisten aan te pakken: kleine en middelgrote bedrijven zouden hun krachten kunnen bundelen door data te delen.¹⁰ Dat is op papier een mooi idee. Vanuit juridisch perspectief is het echter (voor nu) niet haalbaar, omdat de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) het delen van datasets verbiedt tenzij daarvoor een rechtmatige grond bestaat of toestemming is verkregen van de betrokkene (art. 6 AVG).¹¹

Een andere mogelijkheid is om de positie van consumenten te versterken. Dat zou ofwel kunnen door te verkennen of bestaande regels van consumentenrecht mogelijke wapens bieden tegen het gepersonaliseerd benaderen van consumenten, ofwel door nieuwe regulering te overwegen.¹² Zoals reeds in de inleiding gezegd, biedt het huidige consumentenrecht weinig mogelijkheden ten aanzien van personalisatie van prijzen of advertenties. Regulering zou op termijn wellicht wenselijk zijn, al spelen daar net als bij het mededingingsrecht andere overwegingen mee dan alleen de bescherming van consumenten. Aanbieders en consumenten hebben ook belang bij innovatie en verscheidenheid van aanbod op de markt. De meest lichte vormen van regulering zouden bijvoorbeeld kunnen bestaan uit verdergaande informatieverplichtingen voor aanbieders, bijvoorbeeld over de factoren die bij gepersonaliseerde prijsberekeningen en advertenties worden gehanteerd, en voorlichting van consumenten over het hoe en waarom van (prijs)personalisatie.

3. Privacy by design

Buiten het juridische kader bestaat nog een laatste alternatief dat overweging verdient. Door middel van het aanpassen van de onlineomgeving waarin consumenten aankopen doen, zou de keuze bij henzelf neergelegd kunnen worden hoe veel informatie zij met bedrijven willen delen. Daarmee houden consumenten zelf tot zekere hoogte controle over het gebruik van hun data en bijgevolg de personalisatie van advertenties, prijzen, en andere zaken op basis van hun voorkeuren. Om dit type 'privacy by design' te bewerkstelligen bestaan verschillende mogelijkheden. De omgeving voor het online bestellen van goederen of diensten zou twee opties kunnen aanbieden: één waarin consumenten hun gegevens delen met de

6. Zie www.facebook.com/business/products/ads/ad-targeting?ref=u2u, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018.

7. R. Podszun & S. Kreifels, 'Digital Platforms and Competition Law', *EuCML* 2016, afl. 1, p. 35.

8. Zie voor Nederland art. 24 Mededingingswet, voor overtredingen waarvan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan opleggen (art. 56 Mededingingswet). De Belgische Mededingingsautoriteit heeft vergelijkbare bevoegdheden op grond van art. IV.2 Wetboek van economisch recht (WER).

9. Vgl. Podszun & Kreifels, *EuCML* 2016, afl. 1, p. 39.

10. Voor een analyse, zie I. Graef & J. Prüfer, 'Mandated Data Sharing Is a Necessity in Specific Sectors', <https://esb.nu/incoming/20042404/mandated-data-sharing-is-a-necessity-in-specific-sectors>, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018.

11. Verordening (EU) 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *PbEU* 2016, L 119/1, in werking getreden op 25 mei 2018.

12. Nieuwe regulering is overigens al wel voorgesteld ten aanzien van privacy bij elektronische communicatie; zie Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens in elektronische communicatie, en tot intrekking van Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), COM(2017)10 final.

aanbieder, en één waarin consumenten tegen een hogere prijs kunnen kiezen voor grotere privacy. Economisch onderzoek suggereert dat consumenten die, vanwege cognitieve beperkingen bekend uit de gedragswetenschappen, geen perfect inzicht hebben in hoe de markt werkt in beginsel bereid zijn de duurdere optie met grotere privacy te kiezen.¹³ Een andere mogelijkheid die reeds nu al openstaat voor consumenten is om bij zoektochten op internet een browser te gebruiken die gegevens anonimiseert. De meeste browsers bieden een dergelijke optie door het kiezen van een 'private window' of een 'incognito mode'. In die modus wordt niet bijgehouden welke websites de gebruiker bezoekt of welke zoektermen hij of zij intikt en worden cookies en soms ook tijdelijke downloads bij het afsluiten van de browser gewist.¹⁴ Niettemin is deze methode niet helemaal privé: de gegevens worden alleen niet opgeslagen op het apparaat dat gebruikt wordt voor het browsen, bijvoorbeeld de tablet, computer of telefoon. Andere hardware – zoals routers en servers – kan wel meekijken.¹⁵ Dat betekent dat aanbieders wel de zoekgegevens ontvangen die zij in hun data-analyse van alle gebruikers kunnen meenemen; alleen zijn deze gegevens niet te herleiden tot de individuele consument. Enige bescherming tegen personalisatie biedt deze modus dus wel. Wie helemaal privé wil browsen heeft overigens ook de mogelijkheid om browser Tor te gebruiken of om via VPN zijn of haar IP-adres te wijzigen. Die laatste twee opties worden echter vaak in verband gebracht met illegale activiteiten, dus een gebruiker moet misschien even bedenken of hij of zij die insinuatie op de koop toeneemt.

4. Naar een 'getarget' antwoord?

Over het geheel gezien is een gepersonaliseerde benadering van consumenten niet per se onwenselijk, maar is het wel zaak de vinger aan de pols te houden. Mocht misbruik van een dominante marktpositie dreigen, dan kan via het mededingingsrecht worden ingegrepen. Tegelijk is innovatie een economisch en maatschappelijk nastrevenswaardig doel en zouden sancties niet al te snel moeten worden opgelegd. Vooreerst zou het nuttig zijn in kaart te brengen in welke markten zich risico's voordoen. Verder zou moeten worden bekeken of lichtere maatregelen de belangen van consumenten kunnen beschermen. Daarbij kunnen zowel instrumenten vanuit het mededingingsrecht worden ingezet, als mogelijk nieuwe informatieplichten in het consumentenrecht worden ingevoerd. Ook zouden aanbieders gestimuleerd kunnen worden om meer keuzemogelijkheden te bieden: een optie waarbij de consument zijn of haar gegevens deelt, en een (duurdere) optie met grotere privacy. Voor consumenten en consumentenorganisaties zou het goed zijn deze opties eens tegen het licht te houden en het debat aan te gaan met alle belanghebbenden.

13. S. Dengler & J. Prüfer, 'Consumers' Privacy Choices in the Era of Big Data', TILEC Discussion Paper No. 2018-0014, <https://ssrn.com/abstract=3159028>, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018.

14. L. Mathews, 'What Is Private Browsing and Why Should You Use It?', www.forbes.com/sites/leemathews/2017/01/27/what-is-private-browsing-and-why-should-you-use-it/#8bf4b6925b1c, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018.

15. E. Bellens, 'Private modus is niet wat u denkt', <https://datanews.knack.be/ict/nieuws/private-modus-is-niet-wat-u-denkt/article-normal-1140079.html>, laatst geraadpleegd op 19 oktober 2018.